Die Klausel „freibleibend" als Offert- und Preisfestsetzungsvorbehalt

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Hohen Rechts-
und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Breslau

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von
Heinrich Hülsen
cand. jur.

1921.

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
zu Breslau

Berichterstatter:
Professor Dr. Leonhard.

Literatur.

Apt. Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin. Berlin 1907.
Biermann. Bürgerl. Recht. Berlin 1908.
Brand. Das H. G. B. Berlin 1911.
Cosack. Lehrbuch des deutschen Bürgerl. Rechts. 5. Auflage. Jena 1910.
Crome. System des deutschen Bürgerl. Rechts. Tübingen u. Leipzig 1902.
Dernburg. Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Auflage. Halle 1909.
Deutsche Juristenzeitung. 1920. S 317.
K. G. Entsch vom 27. 10. 19.
Düringer-Hachenburg. Das H. G. B. 3. Auflage. Mannheim und Leipzig 1910.
Ehrenberg. Handbuch des gesamten Handelsrechts. 4. Band. 2 Abt. Leipzig 1918.
Endemann. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts 8. Auflage. Berlin 1903
Enneccerus. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 9.-11. Auflage. Marburg 1915.
v. Gierke. Deutsches Privatrecht München und Leipzig 1917.
Goldmann-Lilienthal. Das Bürgerl Gesetzbuch. Berlin 1901. 2. Auflage.
Hoffmann, Erler, Burlage etc. Das B G. B. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 2. Aufl. Berlin 1913.
Hölder. Kommentar zum B. G. B. München 1900.
Hueck. Vorbehalt der Preiserhöhung bei Lieferungsverträgen. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht. April 1919. S. 49 ff.
Iherings Jahrbücher. Band XI. S. 139 ff.
Juristische Wochenschrift. Berlin 1908. S. 631 ff. 1911. S. 224 ff.
Kohler. Archiv für Bürgerliches Recht. Band I. S. 283.
Manigk. Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Materialien zum B. G. B.: Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung. 1888.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1888.
Zusammenstellung gutachtlicher Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches; gefertigt im Reichsjustizamt 1890.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission 1894.
Denkschrift zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1896

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der Bundesratvorlagen 1898.

Oberlandesgerichts-Entscheidungen:
Hamburg. OLGR. 32, 343. 35, 307. 38, 75.
München. OLGR. 32, 323.
Dresden. Seuff. A. 73, 184.

Oertmann. Das B. G. B. Allg. Teil. 2. Auflage. Berlin 1908. Recht der Schuldverhältnisse. 3. bis 4. Auflage. Berlin 1910.

Planck. Bürgerl. Gesetzbuch. 3. Auflage. Berlin 1907.

Recke. Das Ermessen im B. G. B. Archiv für Bürgerl. Recht. Band 20. S. 137 ff.

Regelsberger. Pandekten. Leipzig 1893.

Rehbein. Das B. G. B. Berlin 1903.

Reichsgerichts-Entscheidungen: Bd. 34. S. 121. Bd. 61. S. 127. Bd. 68. S. 509.

Reichsoberhandelsgerichts-Entscheidungen: Bd. 1. S. 80. Bd. 2. S. 91. Bd. 5. S. 35. Bd. 7. S. 175. Bd 10. S. 188. Bd. 12. S. 102. Bd. 14. S. 81, 430, 34.

Riesenfeld. Breslauer Handelsgebräuche. Breslau 1900.

Ritter. Das H. G. B. 1910.

Schollmeyer. Kommentar zum B. G. B. München 1900.

Staudinger. Kommentar zum B. G. B. 7. bis 8. Auflage. München und Berlin 1912.

Staub. Kommentar zum H. G. B. 10. Auflage. Berlin und Leipzig 1920.

v. Thur. Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1. Hälfte. München und Leipzig 1914.

Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Inhaltsübersicht.

§ 1. **Einleitung:** Die Gründe für die häufige Benutzung der Klausel „freibleibend" nach Kriegs- und besonders nach Revolutionsausbruch.

I. Die Klausel „freibleibend" als Offertvorbehalt.

§ 2. A. Ausschluß der Gebundenheit des Antragenden durch Verwendung der Klausel.

§ 3. B. Vernichtung der Wirksamkeit der Offerte durch Verwendung der Klausel.

§ 4. C. Die Bedeutung der Offertklausel „freibleibend" im Zweifelsfall.

II. Die Klausel „freibleibend" als Preisfestsetzungsvorbehalt.

§ 5. A. Das Erfordernis der Bestimmbarkeit einer unbestimmten Leistung.

§ 6. B. Die Grundsätze für die endgültige Festsetzung des freibleibend genannten Preises.

§ 7. C. Kein Rücktrittsrecht des Käufers bei Preiserhöhung.

§ 8. D. Die häufige Verwechselung der Offertklausel „freibleibend" mit Preisklausel „freibleibend".

§ 9. **Schluß:** Der Rückgang der Verwendung der Preisklausel „freibleibend" in jüngster Zeit und die Gründe hierfür.

Einleitung.

§ 1. Die Gründe für die häufige Benutzung der Klausel „freibleibend“ nach Kriegs- und besonders nach Revolutionsausbruch.

Die unsicheren, fast unübersehbaren Verhältnisse in unserem Wirtschaftsleben, wie sie sich nach Ausbruch des Weltkrieges und in noch stärkerem Maße nach seiner Beendigung im Anschluß an die Revolution bei uns entwickelt haben, zwangen den vorsichtigen Kaufmann und Fabrikanten immer mehr und mehr, in seine Offerten und Lieferungsverträge Klauseln aufzunehmen, die seine Gebundenheit ganz oder teilweise ausschlossen oder beschränkten.

Warenknappheit auf der einen, rege Nachfrage auf der anderen Seite nötigten den Großhändler, die geringen, meist noch durch Kontingentierung beschränkten Vorrate seinem großen Kundenkreis nur in unverbindlicher Form anzustellen. Oder aber er verkaufte Waren, die er sich selbst erst noch beschaffen mußte. Dann war es ihm unmöglich, einen festen Preis zu nennen, da er bei der dauernd steigenden Tendenz des Marktes unmöglich wissen konnte, welches sein eigener Einkaufspreis sein würde.

Auch der Fabrikant begann in seine Lieferungsverträge eine Klausel in Verbindung mit der Preisstellung aufzunehmen. Bei Anfertigung der Ware, zu der er häufig erst Monate nach Auftragserteilung kam, konnten die Rohstoffe, die er benötigte, bei dem ja durchaus üblichen sprunghaften, jede Berechnung über den Haufen werfenden Emporschnellen der Preise um 100, ja um Hunderte von Prozenten teurer geworden sein, konnten sich auch Arbeitslöhne, Gehälter und sein sonstiger Spesenetat erheblich erhöht haben. Bindung an Monate

vorher abgegebene Preise wäre wirtschaftliche Unmöglichkeit gewesen, der Fabrikant mußte sich das Recht vorbehalten, die Preise zu modifizieren.

Von fast universaler Bedeutung als Vorbehaltsklausel der genannten Art ist die Klausel „freibleibend", die ja eben, wie sich schon aus dem reinen Wortsinn ergibt, zunächst nur sagt, daß jemand in irgend einer Beziehung von einer Bindung frei bleiben wolle. Diese Klausel war zwar auch dem Kaufmann der Vorkriegszeit ganz genau bekannt, wurde aber fast ausschließlich vom Großhandel im Sinne des ersten der oben angeführten Beispiele als reine Offertklausel benutzt. Freilich geschah dies nicht entfernt so häufig, wie dies heute der Fall ist, aber auch in ruhiger Zeit kann es für einen Kaufmann zuweilen im Interesse der raschen Abwicklung eines Geschäftes von höchster Bedeutung sein, den gleichen Warenposten nach mehreren Seiten hin anstellen zu können. In Verbindung mit dem Preis tauchte die genannte Klausel früher nur sehr selten auf, und gerade auf diesem Gebiete hat sie dann infolge der von Grund auf veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse weiteste Verbreitung gefunden. Im vergangenen Jahre und in den ersten Monaten dieses Jahres sind wohl nur wenige die Lieferung noch zu beschaffender oder herzustellender Ware betreffende Verträge geschlossen worden, die nicht die Klausel „freibleibend" als Preisfestsetzungsvorbehalt enthielten.

Auf eine sprachliche Ungezogenheit sei hier noch hingewiesen. Im kaufmännischen Verkehr ist stets von „freibleibenden Angeboten" und „freibleibenden Preisen" die Rede. Das ist eigentlich falsch. Frei bleibt nicht Offerte oder Preis, sondern der Offerent bezw. Verkäufer bezüglich seiner Offerte oder seines Preises. Man dürfte also nur von freilassenden Offerten und Preisen sprechen. Es ist jedoch im Folgenden auf die in Handelskreisen völlig eingebürgerte Gewohnheit Rücksicht genommen und das Wort „freibleibend" so gebraucht worden, wie es im kaufmännischen Verkehr üblich ist.

I. Die Klausel „freibleibend" als Offertvorbehalt.

§ 2. A. Ausschluß der Gebundenheit des Antragenden durch Verwendung der Klausel.

An erster Stelle soll die Klausel „freibleibend" als Offertvorbehalt einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

Nach römischem und gemeinem Recht konnte der Offerent bis zur Perfektion des Vertrages, d. h. bis zum Zugehen der Annahmeerklärung, seinen Willen ändern und dadurch das Zustandekommen des Vertrages vereiteln[1]). Der Antragsempfänger konnte daher nicht damit rechnen, daß seine Annahmeerklärung zum Abschluß des Vertrages führen werde[2]). Die neuere Doktrin des gemeinen Rechtes schützte den Antragsempfänger lediglich dadurch, daß sie ihm gegen den widerrufenden Offerenten einen Anspruch auf das negative Interesse verlieh[3]).

---

[1]) Vergl. v. Tuhr, allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, S. 466.

[2]) Auf diesem Standpunkt stand wenigstens Theorie und Praxis des gemeinen Rechts im allgemeinen. A. A. Koeppen in Iherings Jahrbüchern, Band XI, S. 139 ff. und Kohler, Archiv für Bürgerl. Recht, I, S. 283.

[3]) Vergl. z. B. Windscheid, Pand. § 307: Jedoch ist der Widerrufende verpflichtet, dem Gegner, welcher in Unkenntnis des Widerrufs sich darauf verlassen hat, daß ein Vertrag zustande gekommen sei, allen Nachteil zu ersetzen, welchen der Gegner infolge dieses Vertrauens erlitten hat. — A. A. z. B. Regelsberger, Pand. § 150, S. 549: Macht der Antragende vom Widerrufsrecht Gebrauch, so wird er nicht einmal für den Schaden verantwortlich, den der Empfänger durch das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erleidet; denn dieser mußte mit der Widerruflichkeit rechnen. — Berühmter Streitpunkt des gemeinen Rechts, der erst mit Einführung des B. G. B. gegenstandslos wurde.

Zur Herstellung einer größeren Sicherheit hat das B. G. B. im Anschluß an das alte H. G. B. Art. 319 und das Preuß. Allg. Landrecht (I, 5 §§ 90 ff.) in seinem § 145 dem Antrag bindende Kraft beigelegt. Sobald die Offerte dem Adressaten zugegangen ist, kann der Offerent die Wirksamkeit der Annahmeerklärung und damit das Zustandekommen des Vertrages durch einen Widerruf der Offerte nicht mehr hindern. Die bindende Kraft der Offerte beruht auf dem Gesetz und braucht daher weder dem Offerenten bewußt, noch von ihm gewollt zu sein. Die Gebundenheit kann jedoch von ihm ausgeschlossen werden (§ 145 B. G. B.), und dies geschieht handelsüblich durch die Formel „freibleibend", eventuell auch durch die das Gleiche bedeutenden Formeln „unverbindlich" oder „ohne Obligo".

Die Bedeutung der Formel „freibleibend" ist jedoch eine doppelte. Sie kann einmal bedeuten, daß ein Widerruf des Antrages noch nach dem Zeitpunkt zulässig sein soll, in welchem der Antrag dem anderen Teil zugegangen ist[1]), ferner aber auch, daß der Antragende sich freie Entschließung noch nach der Annahme durch den Antragsgegner vorbehalten will. Wie ist nun die Klausel zu werten, wenn man sie lediglich im Sinne des § 145 auslegen will?

Betrachten wir dazu kurz die Entstehungsgeschichte des Paragraphen. — Im ersten Entwurf standen an seiner Stelle die beiden Paragraphen 80 und 81, von denen der erste die Gebundenheit des Antragenden an den Antrag, der zweite die Möglichkeit eines Ausschließens der Gebundenheit festlegte[2]). In der Kommission für die II. Lesung kam dann ein Antrag zur Annahme, die beiden Paragraphen zusammen-

---

[1]) Selbstverständlich kann der Antragende auch jeden vorbehaltlosen Antrag unwirksam machen, wenn es ihm gelingt, ihn durch eine Erklärung, welche vor oder gleichzeitig mit dem Antrage ankommt, zurückzuziehen. (B. G. B. § 130, Abs. 1, S. 2).

[2]) E. I. § 80. Hat jemand einem anderen einen Antrag zur Schließung eines Vertrages gemacht, so ist er an den Antrag gebunden, wenn dieser die zum Wesen des beantragten Vertrages gehörenden Teile enthält, ohne die Vereinbarung weiterer Bestimmungen vorzubehalten. — § 81. Der Antragende ist nicht gebunden, wenn die Gebundenheit ausdrücklich oder stillschweigend von ihm ausgeschlossen worden ist.

zuziehen und sie in einer dem späteren endgültigen Wortlaut bereits ganz ähnlichen Weise zu formulieren[1]). Das wesentlich Neue dieser Bestimmung des B. G. B. dem gemeinen Recht gegenüber ist die genaue Umkehrung des Standpunktes. Das gemeine Recht gab die Widerruflichkeit des Antrages als Regel, die nur durch Verzicht des Antragenden ausgeschlossen, also durch Gebundenheit ersetzt werden konnte. — Das B. G. B. versieht kraft Gesetzes jeden Antrag mit Gebundenheit, gibt jedoch durch den Nebensatz (es sei denn, daß) ausdrücklich an, daß diese Bestimmung nicht zwingend ist, sondern daß der Antragende, falls er dies wünscht, auch durch Ausschluß dieser Gebundenheit eine Offerte im gemeinrechtlichen Sinne, d. h. eine mit Widerruflichkeit ausgestattete Offerte abgeben kann.

Aus den Protokollen geht es auch ganz unzweideutig hervor, daß man den Ausschluß der Gebundenheit in diesem Sinne verstanden wissen wollte (Prot. S. 76). Dort heißt es nämlich: Zweckmäßig erscheine es, daneben zum Ausdruck zu bringen, daß der Antragsteller bei Stellung des Antrages die Gebundenheit ablehnen, d. h. das Recht des Widerrufs sich vorbehalten könne. Man erwog dann sogar, es in der Fassung direkt nur auf Widerruflichkeit abzustellen, es kam aber nicht dazu. Es wäre auch überflüssig gewesen, denn aus der Fassung des Paragraphen geht an sich zwingend hervor, daß es sich nur um den Vorbehalt eines Widerrufs handeln kann.

Bei jedem Antrag sind zwei rechtliche Momente begrifflich scharf zu scheiden: Die Wirksamkeit des Antrages und die Gebundenheit des Antragenden an ihn[2]).

Einen wirksamen Antrag haben wir beim Vorliegen einer Willenserklärung vor uns, die dazu bestimmt und geeignet ist, durch sofortige Annahme des Antragsgegners zum Vertragsabschluß zu führen. Erstens muß also der Wille

[1]) E. II. § 118. Der Antragende ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

[2]) Vergl. Brodmann in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes, IV. 2, S. 40 und Goldmann und Lilienthal, Das B. G. B. I. § 145, Anm. 16.

des Erklärenden dahin gehen, daß mit der Zustimmung der Vertrag zustande kommen soll, zweitens muß die Erklärung selbst auch derartig beschaffen sein, daß mit dieser Zustimmung der Vertrag zustande kommen kann. Die Wirksamkeit des Antrages ist also eine begriffsnotwendige Voraussetzung desselben, ohne welche ein solcher — im technischen Sinne der §§ 145 ff. — überhaupt nicht zur Entstehung gelangt. Sprach- und Handelsgebrauch gehen allerdings weiter und sprechen häufig noch dort von einer Offerte, wo das eine oder andere Moment fehlt.

Ganz etwas anderes als diese Wirksamkeit des Antrages ist die Gebundenheit des Antragenden an ihn, die Frage, ob der Antragende dem Gegner Zeit und Gelegenheit zur Entschließung und Antwort lassen muß und solange den Antrag nicht widerrufen kann[1]). Eine solche Gebundenheit ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein begriffsnotwendiges Merkmal der Offerte — andernfalls hätte ja das gemeine Recht z. B. überhaupt keine Offerten gekannt —, sondern die Offerte kann durch Parteiwillen mit ihr versehen werden[2]), oder sie kann kraft positiver Satzung, wie es im B. G. B. der Fall ist, hinzutreten.

Die Grenze zwischen der Wirksamkeit des Antrages und der Gebundenheit des Antragenden an ihn ist in der Literatur meist sehr stark verwischt und die Gebundenheit wird irrigerweise häufig als Begriffsmerkmal der Offerte betrachtet[3]). Die Folge davon ist, daß dann der Vorbehalt des Widerrufes nicht als ein Ausschluß der Gebundenheit gewertet wird, vielmehr als solcher nur weitergehende Vorbehalte betrachtet werden, die die Offerte garnicht wirksam

---

[1]) Vergl. Goldmann und Lilienthal, Das B. G. B. I, § 145, Anm. 16: Ein wirksames Rechtsgeschäft ist dasjenige, welches geeignet ist, die von dem Erklärenden gewollten Wirkungen zu erzeugen, ein bindendes dasjenige, an welches der Erklärende gebunden ist, bei dem der Eintritt der bei der Erklärung gewollten Wirkung von dem Willen des Erklärenden nicht mehr abhängig ist, das er nicht mehr widerrufen kann.

[2]) Durch Formeln wie „ich gebe Ihnen fest an die Hand“ u. a. m.

[3]) So Ritter H. G. B. § 362, Erl. 11 und Endemann, Bürgerl. Recht I, § 68, 3b.

werden lassen, indem sie ihr die Fähigkeit nehmen, sofort angenommen zu werden. Mangels dieser Fähigkeit kommt also, wie auch allgemein anerkannt ist, eine Offerte überhaupt nicht zur Entstehung, und es ist ein offener Widerspruch mit dem Wortlaut des § 145 entstanden, der den Fortbestand des Antrages trotz des Ausschlusses der Gebundenheit zur Voraussetzung hat, ohne die er nur eine platte Selbstverständlichkeit sagt.

So führt Ritter[1]) z. B. aus: Die Gebundenheit ist Begriffsmerkmal der Offerte. Wo sie ausgeschlossen ist, entsteht keine Offerte. Die Gebundenheit ist aber nicht ausgeschlossen, wenn der Widerruf der Offerte vorbehalten ist. — Logischerweise hieße demnach der § 145: Wer einem andern die Schließung eines Vertrages anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er gar keinen Antrag gemacht hätte.

Andere[2]) unterscheiden zwischen Ausschluß der Gebundenheit (Widerrufsvorbehalt) und Ausschluß jeder Gebundenheit (Ausschluß der Gebundenheit überhaupt, vollem Ausschluß jeder rechtsgeschäftlichen Gebundenheit etc.), worunter sie weitgehende Vorbehalte verstehen, und subsummieren beide Arten unter den durch § 145 zugelassenen Ausschluß der Gebundenheit. Ganz richtig führen sie dann weiter aus, daß trotz des Widerrufsvorbehaltes ein wirksamer Antrag abgegeben werden könne, daß ein weitergehender Vorbehalt den Antrag aber annahmeunfähig, also unwirksam mache. Sie merken aber nicht, daß sie durch dieses Anerkenntnis ihre Behauptung, der § 145 umspanne auch solch weitgehende Vorbehalte, widerlegen, da doch der genannte Paragraph, wie bereits oben betont, einen wirksamen Antrag und den Gebundenheitsausschluß nebeneinander bestehen läßt. In Verbindung mit einem Antrag im technischen Sinne des Gesetzes ist nur eine Art der Gebundenheit denkbar, und das ist Unwiderruflichkeit. Jede

---

[1]) Ritter, H. G. B. § 362, Erl. 11.

[2]) Düringer-Hachenburg, H. G. B. S. 135. v. Tuhr, allgemeiner Teil S. 468. Staub, H. G. B. Excurs zum § 361, Anm. 16. Staudinger, § 145 Erl. 5. Enneccerus, allg. Teil, S. 416.

Erweiterung des Gebundenheitsbegriffes faßt in den Antragsbegriff hinein und muß die Bestimmung des Paragraphen sinnlos machen.

Nun ist es zwar nach allgemeinem Sprachgebrauch zweifellos richtig, daß Vorbehalte, die soweit gehen, daß sie einen Antrag im technischen Sinne des Gesetzes infolge Mangels an Annahmefähigkeit überhaupt nicht zur Entstehung gelangen lassen, eben dadurch einen „Ausschluß der Gebundenheit" darstellen, und zwar sicherlich auch in weiterem Rahmen als beim Vorliegen eines bloßen Widerrufsvorbehaltes; bei Auslegung dieses Paragraphen jedoch, der selbst das Wort Gebundenheit in engerem Sinne in Verbindung mit dem Antragsbegriff enthält, muß man die Verwendung eines Gebundenheitsbegriffes in weiterem, und damit in anderem Sinne im Interesse der Klarheit und Eindeutigkeit vermeiden, oder aber betonen, daß der weitergehende Gebundenheitsbegriff sich nicht mit dem des Gesetzes deckt.

Um das bisherige Ergebnis zusammen zu fassen: Sollen Klauseln, wie „freibleibend", ohne Obligo u. a. m. die Gebundenheit des Antragenden im Sinne des § 145 ausschließen, so ist dies einzig und allein so zu deuten, daß der Antragsteller sich das Recht vorbehalten wollte, seinen Antrag zu widerrufen.

Das Widerrufsrecht des Offerenten erlischt naturgemäß, sobald ihm die Annahmeerklärung zugegangen ist. Der Vertrag ist zustandegekommen, und beide Teile sind gebunden. Das Annahmerecht erlischt entsprechend, sobald dem Oblaten der Widerruf zugegangen ist. Es ist kein Antrag mehr vorhanden.

Widerruf und Annahme sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, d. h. Willenserklärungen, die einem Andern gegenüber abzugeben sind, und unterliegen als solche der Regel des § 130 B. G. B., werden also in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Andern zugehen [1]).

[1]) Das „Zugehen" erfordert nicht die Kenntnisse des Empfängers. Allerdings ist die Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, dazu bestimmt, von diesem wahrgenommen zu werden, an

Widerruf und Annahme schließen sich gegenseitig aus. Gelangt die eine Erklärung zur rechtlichen Existenz, zur Wirksamkeit, so kann es die andere nicht. Kreuzen sie sich daher, so wird der Widerruf nur wirksam, wenn er dem Oblaten zugeht, bevor dem Antragenden die Annahmeerklärung zugegangen ist. Ist die Annahmeerklärung die früher zugehende, so wird sie wirksam und schließt so die Wirksamkeit des Widerrufes aus. Gleicher Ansicht: Planck § 145, Anm. 5 und Endemann § 68, Anm. 20.

Für den Fall, daß Annahme und Widerruf zu gleicher Zeit zugehen, — dazu reicht bereits aus, daß es mit gleicher Post geschieht — möchte ich analog § 130, Abs. 1, S. 2 annehmen, daß ein Vertrag nicht zustandegekommen ist. Das Gesetz sagt an der bezeichneten Stelle, daß eine einem Anderen gegenüber abgegebene Willenserklärung nicht wirksam wird, wenn diesem vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. — Nun gehen allerdings in dem vom Gesetz geregelten Fall beide Willenserklärungen von einer Stelle aus, während sie in unserem Fall von zwei Stellen einander gegenüber abgegeben werden; man kann jedoch meiner Ansicht nach trotzdem analog entscheiden, da eigentlich nur die an sich in jedem Fall gesetzlich zugestandene Widerrufsfrist, bis zum Zugehen der Willenserklärung nämlich, beim Vorliegen eines Antrages mit Widerrufsvorbehalt bis zum Zugehen der entsprechenden Gegenwillenserklärung, der Annahme, verlängert worden ist. Soll also der Widerruf eines Antrages wirksam werden, so muß er spätestens

---

sich daher ihrem Zwecke gemäß erst vollendet, wenn sie wahrgenommen ist. Das Gesetz begnügt sich indessen in seiner Vorschrift mit einem weniger: es soll genügen, wenn der Erklärende alles getan hat, was seinerseits nötig war, um dem Gegner die Erklärung kund zu tun; deren Wirksamkeit soll nicht davon abhängen, ob der Adressat das Seine tut, die Erklärung zu vernehmen. Bei schriftlichen Willenserklärungen genügt es also — um solche handelt es sich ja fast ausschließlich —, daß der Adressat sich unter normalen Verhältnissen Kenntnis vom Inhalt des Schriftstückes zu verschaffen imstande ist, und daß die Kenntnisnahme nach Verkehrsauffassung von ihm erwartet werden muß. Vergl. Planck, § 139, Anm. 1a, Staub, § 361, Anm. 5b, RG. 68, 509; 61, 127. Hamburg OLGR. 32, 343.

in dem Zeitpunkt zugehen, in dem dem Antragenden die Annahmeerklärung zugeht.

Anderer Ansicht ist hier Hölder[1]), der den Widerruf nur wirksam wissen will, wenn er dem anderen Teil zugeht, ehe dieser die Annahmeerklärung abgesandt hat. Er begründet: Ist der Antrag widerruflich, so kann der Andere einen Antrag nicht mehr annehmen, der wegen des ihm zugegangenen Widerrufes für sein Bewußtsein nicht mehr existiert oder einem für dieses nicht mehr existierenden gleichsteht; es hat dagegen keine Bedeutung, wenn der Antrag zu einem solchen zwar vor der Vollendung, aber erst nach der Vollziehung der Annahme wird; denn die rechtliche Existenz der vollzogenen Erklärung hängt nur noch ab von der Erfüllung der Bedingungen ihrer Vollendung und wird nicht mehr dadurch ausgeschlossen, daß ein Umstand eintritt, der als ein vor ihrer Vollendung eingetretener diese ausgeschlossen hätte.

Die Ausführungen Hölders sind nicht haltbar. Denn erstens könnte der Antragsteller von seinem Standpunkt aus den gleichen Beweis umgekehrt führen, indem er von seiner Erklärung, dem Widerruf, ebenfalls behauptet, ihre rechtliche Existenz hänge nicht davon ab, daß zwischen Vollziehung und Vollendung der Erklärung ein Umstand eingetreten sei, der als ein vor der Vollziehung eingetretener diese ausgeschlossen hätte; weiter aber, und das ist entscheidend, setzt sich Hölder mit seiner Trennung zwischen Vollziehung und Vollendung einer Willenserklärung und der entscheidenden Bedeutung, die er der Vollziehung beilegt, im Gegensatz zu dem § 130, der für das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nur auf einen Zeitpunkt, den des Zugehens, also wohl die Vollendung im Hölderschen Sinne, abstellt[2]).

---

[1]) Hölder, § 145, Anm. 4.

[2]) Dazu ist zu bemerken, daß das Gesetz von diesem Satze des § 130 B. G. B. auch Ausnahmen kennt, wie bei der Anfechtung (§ 121 B. G. B), der Mängelanzeige (§ 478 B. G. B) und bei besonderen Verhältnissen des Privatversicherungsrechtes (§§ 10, 92 Abs. 1, S. 2, 110 Abs. 1, S. 2, 153 Abs. 1, S. 2, 171 Abs. 1, S. 2, V. V. G.). Hier genügt die Absendung der

Selbstverständlich kann aber der Antragende sein Widerrufsrecht selbst dahin beschränken, daß der Widerruf nur wirksam sein solle, wenn er dem anderen Teil zugeht, ehe dieser die Annahmeerklärung abgesandt hat. Kraft Gesetzes tritt diese Beschränkung aber nicht ein.

§ 3. B. Vernichtung der Wirksamkeit der Offerte durch Verwendung der Klausel.

Die Klausel „freibleibend" kann, wie bereits erwähnt, auch noch eine zweite weitergehende Bedeutung haben. Der Offerent kann durch sie nicht nur die Gebundenheit, sondern auch die Wirksamkeit des Antrages ausschließen, indem er sich nämlich durch Verwendung der genannten Klauseln vorbehalten will, das Zustandekommen oder Scheitern des Vertrages von seiner nach Empfang der Annahmeerklärung zu äußernden Zustimmung oder Ablehnung abhängig zu machen. Auf diese Weise entkleidet er den Antrag seiner Annahmefähigkeit, denn er ist ja nicht mehr dazu bestimmt, durch seine Annahme zum Abschluß des Vertrages zu führen. Es liegt kein wirksamer Antrag und somit überhaupt kein Antrag im Rechtssinne vor, sondern nur eine Aufforderung zur Stellung einer Offerte.

In der zweiten Kommission[1]) war beantragt worden, dies ausdrücklich durch einen besonderen Paragraphen des Inhalts festzulegen: Ein Vertragsantrag liegt nicht vor, wenn derjenige, welcher den Andern zur Schließung eines Vertrages auffordert, sich seine Entschließung vorbehält, bis ihm die Erklärung des Anderen zugekommen ist. Der Antrag gelangte aber nicht zur Annahme, da man es, mit Recht, nicht für nötig erachtete, dies noch besonders auszusprechen. Ganz ähnlich führen auch die Motive[2]) aus: Nicht jede einem Anderen gegenüber abgegebene, die Herbeiführung eines Vertrages einleitende Willenserklärung ist ein den Erklären-

Erklärung. Wo es sich aber nicht um Erklärungen in Vollzug eines bereits geschlossenen Vertrages, sondern um das Zustandekommen eines solchen handelt, muß immer ein Zugehen der betreffenden Willenserklärung verlangt werden. Vergl. Staub, § 361, Anm. 5b.

[1]) Prot. z. B. G. B. 1, 76. [2]) Mot. 1, § 80.

den bindender Vertragsantrag. Voraussetzung ist, daß der Wille des Erklärenden darauf geht, und die Erklärung selbst derartig beschaffen ist, daß sofort mit der Zustimmung desjenigen, an welchen die Erklärung gerichtet ist, der Vertrag zustandekommt. Diese Voraussetzung trifft nicht zu, wenn, wie bisweilen geschieht, einer Erklärung, die an sich einen Vertragsantrag enthält, eine Klausel beigefügt ist, durch welche die Freiheit der Entschließung gewahrt und damit der Erklärung nur die Bedeutung einer Aufforderung zur Stellung von Vertragsanträgen gegeben wird.

Bietet also z. B. der Verkäufer bestimmte Waren zu bestimmten Preisen mit der Klausel „freibleibend" in der weitergehenden Bedeutung an, so fordert er nur zur Stellung eines Antrages auf. Der annehmende Käufer stellt erst den wirklichen Antrag, und die Entscheidung liegt nunmehr beim Empfänger dieses Antrages, dem Verkäufer, der ihn nach freiem Ermessen annehmen oder ablehnen kann.

Hier ist nun allerdings zu beachten, schweigt der Verkäufer nach Empfang des Antrags (der Annahme seines freibleibenden Angebotes) oder lehnt er nicht unverzüglich ab, so muß er sich unbedingt als annehmend behandeln lassen[1]). Grundsätzlich besteht zwar kein allgemeiner Handelsbrauch, daß Schweigen als Zustimmung gilt[2]), im allgemeinen wird es im Gegenteil eher als Ablehnung wie als Einwilligung aufgefaßt werden müssen[3]), aber wenn nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die im Handel bestehenden Gewohnheiten und Gebräuche für den Fall der Ablehnung eine Äußerung erwartet werden muß, kann das Schweigen des Gegners unbedingt als Zustimmung gewertet werden[4]).

Dies ist hier der Fall. Wenn die freibleibende Offerte auch nur eine ganz unverbindliche Aufforderung zur Stellung eines Antrages ist, so geht sie doch in ihrer rechtlichen Bedeutung über die sonst im Handelsverkehr üblichen Aufforderungen dieser Art, etwa das Übersenden von Katalogen,

---

[1]) Staub, § 361, Anm. 17; Mot. I, S. 76; Hamburg OLGR. 35, 307; Dresden, Seuff. A. 73, 184; München OLGR. 32, 323. [2]) ROHG. 1, 80; 2, 91; 5, 35; 10, 188; 12, 102; 14, 430. [3]) ROHG. 12, 102; 14, 430. [4]) Vergl. Brand, H. G. B. § 346, Anm. 5.

Preislisten oder das Einrücken einer Zeitungsanzeige hinaus Dadurch, daß sie sich auf eine bestimmte Warenmenge zu festgesetztem Preise beschränkt und nicht an die Öffentlichkeit gerichtet ist, zeigt sie deutlich einen auf Abschluß gerade dieses Vertrages gerichteten Willen des Auffordernden. Wird diese kundgegebene Willensrichtung nicht ohne Zögern widerrufen, so muß der Gegner im Interesse der Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs ihr Fortbestehen annehmen, seinen Antrag, bleibt er ohne Antwort, als angenommen betrachten dürfen[1]). Nach herrschender Verkehrssitte ist der Vertrag in dem Augenblick abgeschlossen, in welchem der Eingang einer ablehnenden Antwort unter regelmäßigen Umständen erwartet werden könnte[2]).

Bei Berechnung der Frist, innerhalb deren unter regelmäßigen Umständen eine Antwort erwartet werden darf, muß im allgemeinen angenommen werden, daß die Gegenseite dasselbe Korrespondenzmittel zu wählen hat wie der Antragende, es sei denn, daß dieser ein anderes ausdrücklich verlangt hätte, z. B. in seinem Briefe Drahtantwort[3]). Hatte schon das freibleibende Angebot Drahtzusage gefordert und war die Annahme drahtlich erfolgt, so muß auch die Antwort drahtlich oder telefonisch erfolgen. Bei leicht verderblichen Waren (Nahrungs- und Futtermittel) wird handelsgebräuchlich immer telegrafische Ablehnung zu verlangen sein, wenn schon der freibleibende Antrag Drahtzusage verlangt hatte[4]). Eine gewisse Überlegungsfrist und unter Umständen eine Erkundigungsfrist über die Kreditwürdigkeit darf aber auch hier nicht versagt werden[5])[6]).

---

[1]) Hamburg OLGR. 34, 14. [2]) Staub, § 361, Anm. 74. JW 1911, 224, 37. [3]) Staub, § 361, Anm. 38. [4]) Vergl. Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufm. von Berlin II, S. 166, Nr. 14 u. 15. [5]) Staub, § 361, Anm 17. [6]) Die Notwendigkeit der unverzüglichen Ablehnung ist aber natürlich nur für den Fall gegeben, daß der Antrag genau im Sinne der erhaltenen Aufforderung gestellt ist. Bei Wegfall der Klausel „freibleibend" müßte er eine gültige Annahme sein. Weicht dagegen der Antrag irgendwie von der Aufforderung ab, so läge auch ohne die Klausel „freibleibend" keine Annahme vor, sondern eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag (§ 150, Abs. 2 B.G.B.). Dieser Antrag deckt sich nicht mehr mit dem kundgegebenen Willen der Gegenpartei, braucht also lediglich nach Maßgabe der allgem. Gesetzesvorschriften behandelt zu werden.

§ 4. C. Die Bedeutung der Offertklausel „freibleibend" im Zweifelsfall.

Sehr umstritten ist es, welche Bedeutung der Klausel „freibleibend" nun im Zweifel beizulegen ist. Planck[1]) Düringer-Hachenburg[2]), Oertmann[3]), von Gierke[4]) sind dafür, im Zweifel in der Klausel „freibleibend" nur einen Gebundenheitsausschluß im Sinne des § 145, also einen Widerrufsvorbehalt, zu sehen. Im übrigen aber steht die Literatur jedoch fast einheitlich auf dem entgegengesetzten Standpunkt[5]) und behauptet, im Zweifel wolle der Offerent durch die Klausel „freibleibend" sich seine endgültige Entschließung bis nach Eingang der Erklärung des Gegners vorbehalten, wodurch also dem Antrag die Wirksamkeit genommen und dieser zu einer bloßen Aufforderung zum Antrag deklariert wird. Da es meines Erachtens tatsächlich in den allermeisten Fällen dem Offerenten darum zu tun sein wird, sich seine unbeschränkte Freiheit zu wahren, möchte auch ich mich der letztvertretenen Auffassung anschließen, zumal auch die Judikatur im großen und ganzen in diesem Sinne Stellung genommen hat[6]).

Eine Spezialklausel, um den Ausschluß der Gebundenheit auszudrücken, hat der Handelsgebrauch nicht entwickelt; eine solche müßte etwa heißen: Ich offeriere bis auf Widerruf oder Widerruf vorbehalten.

Enthält nun eine Offerte die Klausel „freibleibend", so kann der Empfänger diese nur als Offerte im Sinne des Gesetzes betrachten, wenn etwa aus dem begleitenden Text

---

[1]) § 145, Anm. 3.

[2]) II., S. 135.

[3]) § 145, Erl. 3b.

[4]) Deutsches Privatrecht III., S. 287.

[5]) Vergl. z. B. Goldmann-Lilienthal I, S. 185; von Tuhr II, 1, S. 468; Dernburg I, S. 435; Enneccerus I, S 416; Staudinger § 145, Erl. 5; Biermann I, S. 150, Anm. 9; Cosack I, S 204; Staub, Anhang zu § 361, Anm. 10.

[6]) Siehe ROHG. 14, 34; Hamburg OLGR. 35, 307; 38, 75; München OLGR. 38, 200; 32, 353; Dresden, Seuff. A. 73, 184.

hervorgeht, daß der Absender nur auf Widerruflichkeit abstellen wollte, oder sie sich ihrer ganzen Aufmachung nach eben ganz unzweifelhaft als echte, annahmefähige Offerte darstellt. Letzteres ist naturgemäß sehr schwer bestimmbar und, sobald nur der leiseste Zweifel auftaucht, wird der Empfänger annehmen müssen, keine Offerte, sondern nur die Aufforderung zur Stellung einer solchen vor sich zu haben.

II. Die Klausel „freibleibend" als Preisfestsetzungsvorbehalt.

§ 5. A. Das Erfordernis der Bestimmbarkeit einer unbestimmten Leistung.

Das Anwendungsgebiet der Klausel „freibleibend" ist, wie bereits erwähnt, nicht auf die Offerte beschränkt. Sie wird auch als Vertragsklausel in Verbindung mit dem Preise benutzt.

Offeriert jemand bestimmte Waren zu bestimmtem Preise und fügt hinzu, daß der Preis freibleibend genannt sei, so hat dies mit der Wirksamkeit der Offerte oder gar der Gebundenheit des Antragenden an sie garnichts zu tun. Es liegt eine regelrechte Offerte im Sinne des Gesetzes vor, die dazu bestimmt ist, angenommen zu werden und auch dazu geeignet ist, durch diese Annahme zum Abschluß eines Vertrages zu führen; denn die für den Zweifelsfall gegebene Vorschrift des § 154 B. G. B. S. 1, der bestimmt, daß ein Vertrag nicht geschlossen sein solle, solange sich nicht die Parteien über alle Punkte des Vertrages geeinigt hätten, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden solle, läßt es dem Parteiwillen unbenommen, vorerst nur über gewisse Punkte eine Vereinbarung zu treffen, andere Punkte dagegen einer späteren Regelung zu überlassen und doch einen gültigen für beide Teile verbindlichen Vertrag abzuschließen.

In unserem Fall will der Offerent über einen Punkt, den Preis, vorläufig, beim Vertragsabschluß, noch keine bindenden Abmachungen treffen; ist der Oblat damit einverstanden, und nimmt er die Offerte in dieser Form an, sodaß nunmehr beide Teile darüber einig sind, daß der Preis

zunächst noch nicht festgelegt werden solle, so ist hiermit der Vertrag zustandegekommen. Die spätere Fixierung des Preises steht dem Gläubiger zu und bindet den Schuldner. Das ist nichts ungesetzliches. § 316 B. G. B. gibt im Gegenteil sogar für den Zweifelsfall folgende Regelung: Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifelsfalle demjenigen Teil zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat.

Durch diese Bestimmung wird der Schuldner dem Gläubiger natürlich nicht auf Gnade und Ungnade ausgeliefert. Der Unbestimmtheit der Leistung sind, soll ein Vertrag zur Entstehung gelangen, doch gewisse Grenzen gesetzt.

Wäre die Bestimmung der Leistung der Willkür des Gläubigers unbeschränkt überlassen, so wäre der Vertrag nichtig, da hierin unbedingt eine gegen die guten Sitten verstoßende Unterwerfung des Schuldners unter den Willen des Gläubigers zu erblicken wäre. — Wollte man es andererseits dem freien Willen des Schuldners anheimgeben, was er leisten wolle, so überließe man ihm praktisch die Entscheidung darüber, ob er überhaupt etwas leisten wolle, da er ja die Leistung beinahe auf den Nullpunkt herunterdrücken könnte. Ein Schuldverhältnis würde unter diesen Umständen mangels genügender Bindung überhaupt nicht zur Entstehung gelangen. Ist also zum Zustandekommen eines Vertrages auch die Bestimmtheit der Leistung nicht erforderlich, so wird doch eine gewisse Bestimmbarkeit verlangt, muß ein objektiver Maßstab für die Gesichtspunkte der späteren Fixierung von vornherein vorhanden sein.

Den Rahmen für diese Bestimmbarkeit spannt das Gesetz allerdings ziemlich weit. Schon die Stellung in das Ermessen einer Partei reicht hin, um die Leistung genügend bestimmbar zu machen. Es ist meines Erachtens aber auch ganz berechtigt, hier einen weiten Spielraum zu gewähren. Denn da das Maß, nach dem später gemessen werden soll, schon bei Vertragsabschluß erkenntlich sein muß, weiß die verpflichtete Partei, in welchen Grenzen sich ihr Risiko bewegt und zeigt dadurch, daß sie unter solchen Bedingungen

dennoch einen Vertrag abschließt, daß sie eben dieses Risiko tragen will.

§ 315 Abs. 1 B. G. B. sagt: Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Hieraus geht durch *argumentum ex contrario* hervor, daß es auch möglich ist, die Bestimmung der Leistung dem freien Ermessen einer Partei anheimzugeben.

Die Grenzen des freien Ermessens sind in der Literatur nicht einheitlich festgelegt. Endemann[1]) leugnet es ganz, daß ein Vertrag, in welchem die Bestimmung der Leistung in das Belieben des einen oder anderen Kontrahenten gestellt ist, überhaupt gültig ist. Er macht keinen Unterschied zwischen freiem Ermessen und unbeschränkter Willkür und erklärt derartige Verträge als gegen die guten Sitten verstoßend schlechthin für nichtig. Den § 315 legt er dahin aus, daß er nur bezwecke, zweideutige Verträge dadurch gültig zu machen, daß sie in dem Sinne des billigen Ermessens ausgelegt werden. Demgegenüber kann nur auf den unzweideutigen Wortlaut des § 315 hingewiesen werden. Soll im Zweifel billiges Ermessen angenommen werden, so muß es eben grundsätzlich auch möglich sein, dem Bestimmungsberechtigten die Bestimmung nach freiem Ermessen zu überlassen. Ganz richtig führt demgegenüber auch Schollmeyer[2]) den § 319 an, wo der Gegensatz zwischen billigem und freiem Ermessen anläßlich der Bestimmung der Leistung durch einen Dritten ganz deutlich hervortritt, und die Verabredung beider Arten von Bestimmung für zulässig erklärt wird. Was der Dritte darf, ist auch dann nicht gegen die guten Sitten, wenn es einer der Kontrahenten tut.

Oertmann[3]) sieht die Grenzen in den Geschäftsgebräuchen, der Geschäftslage und dem Bedürfnis. Ich halte eine derartige Spezialisierung hier, da zu eng, für nicht am Platze und möchte das freie Ermessen lediglich durch die allgemeine Bestimmung des § 157 B. G. B. beschränken:

[1]) § 117, Anm. 2.
[2]) § 315, Erl. 3.
[3]) § 315, Anm. 1b.

Es kann eine Bestimmung der Leistung nach Treu und Glauben verlangt werden. Das gibt einen den Umständen jedes einzelnen Falles entnommenen objektiven Maßstab und balanciert die Leistung in angemessener Weise zwischen den beiden Polen, der freien Schuldnerwillkür, die einen Vertrag mangels der erforderlichen Bindung garnicht entstehen ließe, und der freien Gläubigerwillkür, der den Schuldner zu unterwerfen einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeutete.

In diesem Sinne entscheiden im großen und ganzen auch Planck[1]), Hoffmann, Erler, Burlage[2]), Schollmeyer[3]), Crome[4]), Staudinger[5]), von Gierke[6]), Rehbein[7]), Brodmann[8]).

Allerdings wird in der angezogenen Literatur die Umgrenzung des freien Ermessens durch Treu und Glauben zum Teil unter Hinweis auf § 242 B.G.B. begründet[9]). Das ist unbedingt falsch, denn § 242 bezieht sich ausschließlich auf die Art der Erfüllung der geschuldeten Leistung. Er sagt nicht, was der Gläubiger fordern darf und der Schuldner leisten muß, sondern will eine Regel dafür geben, wie zu leisten ist. Bestimmungen über den Inhalt der geschuldeten Leistung trifft ausschließlich § 157. Erich Brodmann[10]) betont zutreffend, daß es sich hier, bei Bestimmung der Leistung durch einen Kontrahenten, immer um eine Ergänzung der Vertragsvereinbarungen, um den primären Vertragsinhalt, nicht um den sekundären Schuldinhalt handelt. Nur für den letzteren wäre aber § 242 zuständig.

---

[1]) § 315, Anm. 1.

[2]) § 315, Anm. 2.

[3]) § 315, Erl. 3.

[4]) § 146, Anm. 3a.

[5]) § 315, Anm. 1a.

[6]) S. 71, Anm. 34.

[7]) Anm. 18 zu §§ 315—319.

[8]) Erich Brodmann in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 4. Band, 2. Abt. S. 215.

[9]) Nur Staudinger und Erich Brodmann verweisen überhaupt auf § 157.

[10]) Ehrenberg 4, 2, S. 215.

Der Fall, daß die Bestimmung der Leistung dem freien Ermessen des einen der Kontrahenten anheimgegeben wird, ist wegen des damit verknüpften Risikos nicht sehr häufig. Weit öfter kommt es vor, daß die Bestimmung dem billigen Ermessen überlassen wird, was ja, wie bereits erwähnt, im Zweifel nach § 315 Abs. 1 immer angenommen werden muß. Das billige Ermessen ist ein enger umrissenes Gebiet innerhalb der weiter gestreckten Grenzen im freien Ermessen.

Endemann[1]) sagt: Unbillig ist, was den guten Anschauungen des Verkehrs widerspricht. Diese negative Definition ist zu unbestimmt und faßt den Begriff nicht scharf genug. Oertmann[2]) und mit ihm Staudinger[3]) stellen auf den typischen Geschäftszweck ab. Auch das ist zwar richtig, aber nicht umfassend genug. Schollmeyer[4]) definiert: Nach billigem Ermessen ist die Leistung bestimmt, wenn sie sich nach der ganzen Lage des Falles unter Berücksichtigung aller Umstände und namentlich der Verhältnisse beider Teile als angemessen herausstellt, besonders also kein Vertrauensbruch des Bestimmenden vorliegt.

Dem wird man beipflichten können, ebenso der ganz ähnlichen Staubschen[5]) Definition, die meines Erachtens noch etwas schärfer ist. Staub verlangt von der nach billigem Ermessen zu bestimmenden Leistung, daß sie den beiderseitigen Bedürfnissen, den persönlichen Verhältnissen und dem Vertragszweck angepaßt wäre.

Kurz sei hier noch darauf hingewiesen, daß das römische Recht einen Vertrag, der die Leistungsbestimmung einem der Kontrahenten, seinem freien oder billigen Ermessen, überließ, nicht anerkennt. Ich verweise auf D. 18. 1. 35. 1: *illud constat, imperfectum esse negotium, quum emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris habebis emptum.* Bereits das gemeine Recht dachte jedoch hier freier, und § 315 Abs. 1 war dort

---

[1]) I. § 117, Anm. 8.
[2]) § 315, Erl. 1a.
[3]) § 315, Erl. 1b.
[4]) § 315, Erl. 3.
[5]) Vorbem. vor § 373. Anm. 25.

bereits geltendes Recht. Ähnlich ist wohl auch Sachsenspiegel I 22, § 2 zu verstehen, wo es hinsichtlich der Lohnforderungen von Gesinde, das auf Gnade gedient hat, gegen den Erben heißt: *sve uppe gnade gedenet hevet, die mut den erven gnaden manen*[1]).

Häufig ist in einem gegenseitigen Vertrage über den Umfang der für eine Leistung zu erbringenden Gegenleistung nichts bestimmt, und doch ist es nicht der Wille der Parteien, diese Bestimmung dem Ermessen des Empfängers der Gegenleistung zu überlassen, sondern es ist als stillschweigend ausgemacht anzunehmen, daß der Marktpreis, Ladenpreis usw. zur Berechnung gelangen solle. Die Literatur spricht in diesem Falle davon, daß eine stillschweigende Bestimmung des Preises stattgefunden habe Das ist jedoch meines Erachtens nicht eigentlich der Fall. Stillschweigend vereinbart ist hier nicht der Umfang der Leistung, sondern nur der Maßstab, nach dem diese berechnet werden soll. Daß dem Käufer der Marktpreis, Ladenpreis usw., zu dem er kauft, bekannt ist, — und das muß man doch verlangen, wenn anders man von einer stillschweigenden Bestimmung des Preises sprechen will — kann der Fall sein, ist aber nicht nötig und an sich unerheblich. Wir haben auch hier nur eine unbestimmte bestimmbare Leistung vor uns. Nur ist sie eben nach ganz anderen Grundsätzen bestimmbar, als die Leistung, deren Bestimmung dem Ermessen überlassen bleibt. In diesem Fall wird der Maßstab für die Bestimmung dem individuellen, unterliegenden Geschäft entnommen, ist also ein relativer; in jenem Falle kommt ein absoluter Maßstab zur Anwendung, der Umständen entstammt, die außerhalb des speziellen Geschäftes liegen.

Man kann bei Anwendung eines der absoluten Maßstäbe allerdings kaum noch davon sprechen, daß es sich um ein „Bestimmen" der Leistung handelt, da der unabhängig von dem Geschäft vorhandene Maßstab ja eben einfach nur auf das betreffende projiziert wird. Man wird diese Tätigkeit vielmehr richtiger als ein Feststellen der Leistung be-

---

[1]) Vergl. von Gierke S. 72, Anm. 35.

zeichnen. Wie nach § 316 die Bestimmung der Leistung, so steht auch dieses Feststellen der Leistung im Zweifel immer demjenigen Teil zu, der sie zu fordern hat.

Häufig wird der absolute Maßstab den Umfang der Leistung nicht so ohne weiteres ergeben, sondern nur eine obere und eine untere Grenze festlegen. Dann muß die innerhalb dieser Grenzen noch unbestimmte Leistung nach dem relativen Maßstab, nach billigem Ermessen, fixiert werden. Insoweit ist auch hier noch ein „Bestimmen" möglich.

Der Charakter des absoluten Maßstabes, nach dem die Gegenleistung ermittelt werden muß, ergibt sich jeweils aus der Art der Leistung, für die jene erbracht werden soll, oder aus äußeren Umständen des Vertrages.

Kauft jemand Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, so ist mangels anderer Abmachungen stets anzunehmen, daß er auch zum Markt- resp. Börsenpreis gekauft hat[1]). Maßgebend ist nach § 453 B.G.B. der Markt-

---

[1]) „Unter Marktpreis versteht man den Preis, der für eine Ware bestimmter Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatze, an dem sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirk zu einer gewissen Zeit im Durchschnitt gewährt wird." (Staub, Vorb. zu § 373 Anm. 29).

Festgestellt wird der Marktpreis auf dem Fundament von Angebot und Nachfrage durch die dafür bestimmten örtlichen Einrichtungen, die häufig amtlicher Natur sind, aber auch von privaten Interessenvereinigungen geschaffen sein können. Freilich müssen die privaten Einrichtungen aber unbedingt zuverlässig sein und die nötige Objektivität gewährleisten. Rein private, den Vermögensinteressen von Gewerbetreibenden dienende Preisverzeichnisse kommen nicht in Betracht. Mangels einer Feststellung des Marktpreises durch dazu bestimmte örtliche Einrichtungen oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit eines solchen ist als Marktpreis derjenige mittlere Preis anzusehen, der sich aus der Vergleichung einer größeren Zahl von Kaufverträgen ergibt, die zur fraglichen Zeit am fraglichen Ort geschlossen worden sind. Nur eine Unterart des Marktpreises ist der Börsenpreis. Er wird in der Regel durch den Börsenvorstand unter Zuziehung der Kursmakler, möglicherweise auch anderer Personen, amtlich festgestellt, doch kann, insbesondere bei Einstellung der Notierungen, auch eine anderweitige Ermittelung in Frage kommen, und überhaupt ist eine amtliche Feststellung auch für den Börsenpreis nicht schlechthin unerläßlich, soweit sich nur ein tatsächlich am maßgebenden Börsentage erzielter Durchschnitts-

preis des Erfüllungsortes zur Erfüllungszeit. Besteht für den Ort kein Marktpreis, so wird regelmäßig der Marktpreis desjenigen größeren Handelsplatzes maßgebend sein, zu dessen Bereich der Erfüllungsort gehört [1]). Der im Gesetz mehrfach [2]) erwähnte „laufende Preis" ist der mittlere Durchschnittspreis, den eine Ware an einem bestimmten Tage und Orte erzielt. Er ist mit dem Markt- und Börsenpreis sehr nahe verwandt, jedoch nicht identisch. Vielmehr wird der letztere in der Regel erst auf Grund des ersteren festgestellt. Er ist sozusagen der jeweilige Marktpreis an einem bestimmten Zeitpunkt und Orte, im Gegensatz zu dem für eine Ware allgemein vorhandenen Marktpreis *in abstracto*.

Schließt jemand einen Vertrag auf Leistung von Diensten, auf Herstellung eines Werkes oder einen Mäklervertrag, und ist den Umständen nach die von dem andern zu erbringende Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten, so ist, falls der Umfang der Gegenleistung nicht bestimmt ist und eine Taxe besteht, die taxmäßige Vergütung zu zahlen. (B. G. B. §§ 612, 632, 653).

Wer, ohne daß die Festlegung eines Preises erfolgt, in einem Laden einkauft, in einem Gasthaus Speisen oder Getränke, in einem Hotel ein Zimmer, bei einer Fabrik Waren bestellt usw., muß den Preis bezahlen, der in dem Geschäftsbetriebe des Unternehmers allgemein gefordert wird. (Kundenüblicher Preis, Ladenpreis, Katalogpreis.)

Dies ist allerdings bestritten. Nach Staub [3]), Oertmann [4]) und Josef [5]) ist in solchen Fällen der allgemeine, ortsübliche, und nicht der von diesem eventuell abweichende, besondere Preis des betreffenden Unternehmens als maßgebend anzusehen. Oertmann begründet seine An-

---

preis sicher ermitteln läßt. Vergl. dazu: Oertmann in Ehrenberg's Handbuch 4, 2. S. 388 — ROHG 7, S. 175 — Altes H. G. B. Art. 353 — Staub, Vorb zu § 373, Anm. 29 ff — § 5, Ziff. 4 und § 29 Börs.-G. — R. G. 34, 121.

[1]) Vergl. dazu: Prot. II, S. 58

[2]) B. G. B. §§ 385, 1221 — H. G. B. § 373.

[3]) Exc. zu § 373, Anm. 26.

[4]) Recht der Schuldverhältnisse, § 453, Anm. 1c.

[5]) Bayr. R. Pf. Z. 5, S. 90.

sicht hauptsächlich damit, daß „die Gegenmeinung dem nichts ahnenden Käufer, wie vorkommende Fälle bewiesen, zu Gunsten raffinierter Geschäftsleute schutzlos mache". Allerdings gibt er zu, daß auf die typische Verschiedenheit der Geschäfte und Lokale Rücksicht genommen werden müßte.

Der Ansicht von Staub, Oertmann und Josef gegenüber ist einzuwenden, daß derjenige, der in einem Geschäft kauft, sich in einem Restaurant etwas bestellt, unzweifelhaft zu erkennen gibt, daß er das dafür bezahlen will, was gerade in diesem bestimmten Betriebe für derartige Dinge verlangt zu werden pflegt. Danz[1]) formuliert diesen Gedanken folgendermaßen: „Es gilt für alle Fälle der große, aus den Gewohnheiten unserer Volksgenossen gezogene, auslegende Rechtssatz, daß, wenn jemand von einem erkennbar Gewerbetreibenden eine in dessen Gewerbe einschlagende Leistung ohne Preisbestimmung verlangt, dieses Verhalten dahin — im Zweifel — zu deuten ist, daß er sich zum kundenüblichen Preis verpflichtet."

Es muß dem Inhaber eines Betriebes aber auch unbedingt unbenommen bleiben, die Preise einheitlich, und zwar in der Höhe, die er für die richtige hält, festzusetzen[2]). Wer vor Abschluß des Kaufes nicht nach dem Preise fragt, nimmt eben ein Risiko auf sich, das er dann aber auch tragen muß[3]).

---

[1]) J. W. 08, S. 631.

[2]) Von Höchstpreisverordnungen und anderen Kriegsvorschriften ist hier natürlich abzusehen.

[3]) Auch die vom Gesetz in den bereits angeführten §§ 612, 632, 653 getroffene Bestimmung, daß bei Nichtbestehen einer Taxe die „übliche Vergütung" als vereinbart anzusehen ist, möchte ich im Gegensatz zu Staudinger (§ 612, Erl. I, 2f. III, c.) nicht dahin auslegen, daß es sich um eine ortsübliche, sondern daß es sich auch hier um die kundenübliche Vergütung handelt. Das Gesetz verlangt in den drei Paragraphen, daß es sich um eine Leistung von Diensten handelt, die den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Wer sich aber derartige Dienste leisten läßt, ohne sich vorher nach der von ihm zu erbringenden Gegenleistung zu erkundigen, muß sich nach den gleichen Grundsätzen behandeln lassen wie derjenige, der „von einem erkennbar Gewerbetreibenden eine in dessen Gewerbe einschlagende Leistung ohne Preisbestimmung verlangt", zumal die „Umstände, nach denen die Leistung

Übrigens ist auch dieses Risiko nicht unbegrenzt, denn für den Fall der Ausbeutung, die Oertmann fürchtet, ist unbedingt eine Möglichkeit gegeben, den geschlossenen Vertrag anzufechten. Oertmann selbst, der die in seinem Kommentar zum B. G. B. vertretene Ansicht über diesen Punkt später geändert hat und sie in seiner Abhandlung: „Der gewöhnliche Handelskauf" in Ehrenberg's Handbuch 4, 2 ausdrücklich widerlegt, schreibt in der genannten Abhandlung (S. 389) hierzu: „Hätte der Geschäftsinhaber die Preise absichtlich unverhältnismäßig hoch angesetzt, um die arglosen, unkundigen Käufer gehörig „hochnehmen" zu können, so käme nicht nur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, B. G. B. § 123, sondern auch wegen Irrtum über die Preishöhe, B. G. B. § 119, in Frage. Denn die Käufer unterstellen überall als selbstverständlich, daß die Sonderpreise dieses besonderen Geschäfts sich von den sonst üblichen höchstens innerhalb gewisser mäßiger Grenzen unterscheiden werden; an die Einhaltung dieser Grenzen durch den Geschäftsinhaber haben sie beim Kaufabschluß geglaubt, sich also bei ihrer Nichteinhaltung im Irrtum über einen Teil des Geschäftsinhalts befunden. Und dieser Irrtum kann sehr wohl, je nach Lage des Falles, als im Sinne von B. G. B. § 119 Abs. 1 objektiv und subjektiv wesentlich zu erachten sein."

Praktisch wird sich übrigens an jedem Orte eine gewisse Einheitlichkeit der Preise herausbilden, da ein alleinstehendes Unternehmen mit übermäßigen Preisen sich im Konkurrenzkampf auf die Dauer unmöglich halten könnte.

Kommt für die Berechnung der Gegenleistung ein Marktpreis, Ladenpreis oder ähnliches den Umständen nach nicht in Frage, so muß als allgemeiner objektiver Maßstab die Angemessenheit zur Anwendung gelangen. Angemessen ist der Preis, den ein billig denkender Mann unter Berück-

---

der Dienste nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist", in den meisten Fällen überhaupt darin bestehen werden, daß Dienstleistungen der betreffenden Art zum Beruf dessen gehören, der sie übernimmt. (Vergl. Danz, JW. 08., S. 632).

Wo das Gesetz auf den absoluten Maßstab der Ortsüblichkeit abstellt, wird dies ausdrücklich hervorgehoben. Vergl. z. B. H. G. B. § 59.

sichtigung aller objektiver Geschäftsmomente festgesetzt haben könnte.

Nicht zu verwechseln ist der angemessene Preis mit dem nach billigem Ermessen des einen Kontrahenten zu bestimmenden Preis, wie dies z. B. Oertmann[1]) und Hueck[2]) tun. Auch die Angemessenheit ist ein absoluter Maßstab. Umstände, die in der Person der Kontrahenten liegen, irgendwelche besondere Zwecke des speziellen Geschäftes sind hier, im Gegensatz zur Bestimmung durch das Ermessen des einen der Kontrahenten, völlig unwesentlich. So kann z. B. der Liebhaberwert einer Sache bei Festsetzung des angemessenen Preises für sie wohl Berücksichtigung finden, aber eben auch nur als objektiver Faktor, d h. soweit dies nach Ansicht kompetenter Fachleute oder Sammler allgemein berechtigt ist. Ein subjektives Affektionsinteresse muß dabei unberücksichtigt bleiben, darf aber recht wohl mitgewertet werden, ist die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des einen der Kontrahenten überlassen worden.

Die Angemessenheit gibt als sehr allgemeiner Maßstab zumeist nur Grenzen. Die in diesen Grenzen unbestimmte Leistung muß dann, wie bereits oben erwähnt, nach Maßgabe der §§ 315, 316 B.G.B, also durch das billige Ermessen des zur Forderung der Leistung berechtigten Kontrahenten, fixiert werden.

Das Verhältnis der verschiedenen Maßstäbe, nach denen eine unbestimmte Leistung ermittelt werden kann, zueinander ist etwa folgendermaßen zu umreißen: Zunächst ist stets zu untersuchen, ob nicht eine Feststellung auf Grund eines Marktpreises, Ladenpreises, einer Taxe usw. geboten ist. Kommt dies den Umständen nach nicht in Frage, so ist subsidiär anzunehmen, daß der angemessene Preis vereinbart ist. Der relative Maßstab, das Ermessen, tritt, außer seiner bereits erwähnten subsidiären Anwendung mit einem unzureichenden absoluten Maßstabe, nur in Kraft, wenn es

[1]) Ehrenberg's Handbuch 4, 2, S. 390.

[2]) Holdheim's Monatsschrift, April 1919, S. 50.

ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist. Das geht schon aus der Fassung der §§ 315, 316 hervor, die als Voraussetzung ausdrücklich verlangen, daß die Leistung durch einen Vertragschließenden bestimmt werden soll. Unter dem „Bestimmen" aber ist hier zweifellos ein echtes Bestimmen im engeren Sinne, nicht das Feststellen der Leistung nach einem absoluten Maßstab zu verstehen. Innerhalb des Ermessens ist nach den Bestimmungen des Gesetzes, wie ebenfalls oben bereits ausgeführt, im Zweifel stets billiges Ermessen als gewollt anzusehen. Das freie Ermessen bedarf also einer ausdrücklichen oder stillschweigenden, jedenfalls aber für beide Teile deutlich erkennbaren, diesbezüglichen Vertragsbestimmung.

§ 6. B. Die Grundsätze für die endgültige Festsetzung des freibleibend genannten Preises.

Der freibleibend genannte Preis ist eine eigentlich noch unbestimmte Leistung. Denn der Gläubiger ist nicht an ihn gebunden und darf für gewisse Fälle einen anderen, höheren Preis in Anrechnung bringen, der ihm bei Vertragsabschluß häufig auch nicht annähernd bekannt ist.

Aber doch ist dadurch, daß überhaupt ein Preis genannt worden ist, der späteren, definitiven Preisfestsetzung ein ganz genauer Weg gewiesen und dem allgemeinen Erfordernis der Bestimmbarkeit in sehr engen Grenzen Genüge getan. Inwieweit der Gläubiger bei der späteren Preisfestsetzung beschränkt ist, und welche Garantien dem Schuldner die Tatsache gibt, daß überhaupt eine, wenn auch nur vorläufige und nicht bindende Normierung des Preises stattgefunden hat, ergibt sich aus dem Zweck, den die Parteien bei Aufnahme der Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" verfolgen.

Die Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" ist zwar, wie bereits in der Einleitung erwähnt, kein Kind der Kriegs- und Nachkriegszeit, ist aber doch erst hier zur allgemeinen und allgemeinsten Verbreitung gelangt, als es eben absolut unmöglich wurde, bei Verträgen, die noch herzustellende

oder zu beschaffende Ware betrafen, einen bindenden Preis abzugeben. Ein solcher hätte dem zur Lieferung Verpflichteten nicht nur, wie dies in Friedenszeit infolge der relativen Stabilität der Werte der Fall war, einen angemessenen Gewinn nicht garantiert, ihm im Gegenteil sogar unter Umständen schweren Verlust bringen können. Ein Preis aber, der von vornherein jedes mögliche Risiko berücksichtigte, hätte, wie Hueck in Holdheims Monatsschrift[1]) treffend auseinandersetzt, „so hoch sein müssen, daß er zurzeit ganz unangemessen erschienen wäre, den Fabrikanten dem Vorwurf der Übervorteilung ausgesetzt, ihn vielleicht gar mit den Wuchergesetzen in Konflikt gebracht und andererseits die Konkurrenzfähigkeit beeinträchtigt, die Verkaufsmöglichkeit sehr erschwert hätte". So gingen die Unternehmer immer mehr und mehr dazu über, in den Vertrag den zur Zeit des Abschlusses gültigen Preis als Richtpreis, wie der in Handelskreisen vielfach übliche, sehr treffende Ausdruck lautet, aufzunehmen, und sich durch den Zusatz der Klausel „freibleibend" das Recht vorzubehalten, bei Effektuierung des Auftrages eventuell einen anderen, höheren Preis in Rechnung zu stellen. Der Richtpreis gibt dem Käufer zunächst ein vorläufiges Bild von dem Umfange seiner Verbindlichkeit, gewährt ihm ferner die Möglichkeit, unter mehreren Konkurrenzangeboten das preiswerteste auszusuchen, entrückt aber außerdem auch die spätere definitive Preisfestsetzung dem freien Willen des Gläubigers. Denn der Schuldner will dadurch, daß er seinem Gläubiger die Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" konzediert, nur das Risiko von Schwankungen in den Gestehungskosten von ihm nehmen. Davon, daß die Klausel dem Gläubiger das Recht gibt, von sich aus später willkürlich einen neuen Preis festzusetzen, kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil sie in dieser Form als gegen die guten Sitten verstoßend den Vertrag nichtig machen würde. Aber auch dem Ermessen des Gläubigers, ja nicht einmal dem absoluten Maßstab der Angemessenheit wird hier die spätere

[1]) April 1919, S. 49.

Fixierung des Preises überlassen. Wäre dem nämlich so, so hätte die Abgabe des Richtpreises überhaupt keinen praktischen Wert, sie würde im Gegenteil dem unreellen Handel Tür und Tor öffnen. Der unreelle Kaufmann würde dann eben einfach seine Offerten mit einem verhältnismäßig niedrigen Richtpreis, verbunden mit der Preisfestsetzungsklausel „freibleibend", herausgeben, so seine reeller denkende Konkurrenz aus dem Felde schlagen und dann bei Lieferung einen verhältnismäßig teueren Preis verlangen. Die Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" würde in dieser Gestalt jede Sicherheit des kaufmännischen Verkehrs untergraben. Es wäre ein Kaufmann ja nicht einmal imstande, unter mehreren Offerten, die die Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" enthalten, die wirklich preiswerteste herauszusuchen.

Dem ist nicht so. Durch die Nennung des Richtpreises ist der Verkäufer in weitem Umfange festgelegt, die spätere Preisbildung ist zu einer lediglich rechnerischen Tätigkeit herabgesunken, die von seinem Willen nicht mehr beeinflußbar ist, und man kann folgende strenge, fast mathematische Regel aufstellen: Der bei Lieferung der Ware zu berechnende Preis muß zu den für diese betreffende Ware wirklich in Betracht kommenden preisbildenden Faktoren im gleichen Verhältnis stehen wie der Richtpreis zu den für seine Abgabe als maßgebend angenommenen.

Allerdings ist hierbei zu beobachten, daß die Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" einseitig die Rechte des Verkäufers wahrt. Der Richtpreis ist stets als Mindestpreis genannt. Ein Sinken der preisbildenden Faktoren berechtigt also den Käufer nicht, eine entsprechende Herabsetzung des freibleibend genannten Preises zu verlangen.

Ist, und das wird im Großhandel sehr häufig vorkommen, der Marktpreis einer vom Verkäufer zu beschaffenden Ware als freibleibender Richtpreis in den Vertrag aufgenommen worden, so kommt, vorausgesetzt daß der Marktpreis steigt, als späterer definitiver Preis der bei Lieferung gültige Marktpreis zur Berechnung. Stand der Richtpreis

unter dem Marktpreis, so muß der definitive Preis im gleichen Verhältnis unter dem dann gültigen Marktpreis stehen, stand er über dem Marktpreis, so darf der Verkäufer auch bei Lieferung einen entsprechend höheren Preis verlangen.

Statt des Marktpreises kann es hier natürlich auch jeder andere für die Preisbildung in Frage gekommene Maßstab sein, dessen Verhältnis zum abgegebenen Richtpreis die Festsetzung des definitiven Preises bestimmt. Die relativen Maßstäbe entfallen allerdings im Handelsverkehr praktisch vollständig, und von den absoluten ist es hier im Großhandel, zumeist bei Waren, die keinen Marktpreis haben, fast stets der kundenübliche Preis, der für die Festsetzung des Richtpreises entscheidend ist. Nur ist hier noch darauf zu achten, daß die Normierung des Richtpreises den Käufer sogar davor schützt, daß der Verkäufer seine Preispolitik ändert und z. B. bei Lieferung der Ware seine kundenüblichen Preise allgemein mit einer unverhältnismäßig höheren Gewinnquote errechnet. Der Verkäufer darf zu dem wirklichen Selbstkostenpreis nur einen Gewinn zuschlagen, der prozentual genau demjenigen entspricht, der zu dem seiner Zeit angenommenen Selbstkostenpreis zugeschlagen, den Richtpreis ergeben hat.

Neben dem Großhändler war es dann der Fabrikant, für den die Aufnahme der Preisfestsetzungsklausel „freibleibend“ in seine Lieferungsverträge zu einer wirtschaftlichen Notwendigkeit wurde. Er mußte in den allermeisten Fällen die Waren, die er in Auftrag nahm, erst herstellen, und kannte im Augenblick des Vertragsabschlusses weder die Rohstoffpreise noch die Löhne, die später bei Lieferung des fertiggestellten Artikels als für die Preisgestaltung erheblich in Frage kommen würden. Auch hier gelangt für die Festsetzung des definitiven Preises der oben angeführte strenge Grundsatz zur Anwendung, daß für dieselbe das Verhältnis des Richtpreises zu den bei Nennung desselben als maßgebend angenommenen preisbildenden Faktoren entscheidend ist.

Zunächst können es, ähnlich wie beim Großhandel,

äußerlich erkennbare absolute Maßstäbe sein, nach denen der Richtpreis gestellt worden ist. Meistens ist dies auch hier der kundenübliche Preis, etwa in Gestalt eines Syndikatspreises oder Katalogpreises. Der Syndikatspreis gibt, entsprechend dem Marktpreis des Großhandels, einen von Seiten des Käufers unanfechtbaren Maßstab, da seine Fixierung außerhalb des Willens des einzelnen Unternehmers liegt. Dies bedeutet auch weiter keine Härte, da der gleiche Markt- oder Syndikatspreis in fast allen Fällen für die Preisstellung einer Konkurrenz gleichfalls maßgebend gewesen wäre. Ist dagegen der Maßstab die von der Firma selbständig aufgestellte Preisliste, so braucht sich der Käufer, ebenso wie in dem eben angeführten Großhandelsfall bei Berechnung von Richtpreis und definitivem Preis nach Kundenüblichkeit, eine eventuelle Änderung der Preispolitik nicht gefallen zu lassen, hat auch der Fabrikant den definitiven Preis im gleichen Verhältnis zu den bei Lieferung gültigen Katalogpreisen fixiert, in dem seinerzeit der Richtpreis zu dem damals gültigen Katalogpreise stand. Der Käufer kann hier verlangen, daß der zur Berechnung gelangende Preis nach genau den gleichen Gesichtspunkten kalkuliert wird, nach denen der Richtpreis kalkuliert worden ist. Unter Kalkulation versteht man diejenige Rechenmethode, durch die der Fabrikant unter Berücksichtigung aller ihm selbst entstehenden Unkosten (Rohstoffe, Löhne, sonstige Betriebsspesen) und des Prozentsatzes, den er zu verdienen wünscht, den Preis für seine Fabrikate ermittelt. Im vorliegenden Fall ist also der Fabrikant verpflichtet, den definitiven Preis durch die gleiche Kalkulation zu errechnen, durch die er zu dem Richtpreis gekommen ist; nur darf er statt der damals angenommenen Zahlen die wirklich in Betracht gekommenen einsetzen. Seinen Nutzen darf er zwar auch mit erhöhen, aber nur im gleichen Verhältnis, in dem die Unkosten gestiegen sind. Ist daher die bei Lieferung der Ware gültige Preisliste nach anderen Grundsätzen errechnet als die ehemalige, der der Richtpreis entnommen ist, so darf der Fabrikant jener den zur Berechnung gelangenden Preis nicht entnehmen — vorausgesetzt natürlich, daß dies einen

Nachteil für den Kunden bedeutete —, sondern muß ihn nach den Grundsätzen der alten Preisliste neu kalkulieren.

Im übrigen kommt überhaupt die Berechnung der Richtpreise und definitiven Preise nach einer Preisliste oder einem Syndikatspreis nur dann in Frage, wenn es sich um Artikel handelt, die einheitlich in größeren Mengen hergestellt zu werden pflegen (z. B. Chemikalien, Bier, Spiritus, Papier, Stoffe, Stahlfedern, Bleistifte u. a. m.), denn dadurch wird überhaupt erst die einheitliche Festsetzung eines Katalog- oder Syndikatspreises möglich. Kommt dagegen die Herstellung von Gegenständen in Frage, die nach besonderen Angaben des Bestellers einmalig gefertigt werden (eine Maschine oder überhaupt irgend ein Spezialartikel), so kann ja ein äußerlich erkennbarer, absoluter Maßstab, mit dem der Richtpreis in Verbindung gesetzt werden könnte, um den definitiven Preis zu ergeben, überhaupt nicht vorliegen, da es sich ja eben um eine Spezialanfertigung handelt. Hier ist einzig und allein die Kalkulation maßgebend.

Die im Vorigen entwickelten Richtlinien sind auch für die Preisgestaltung bei Sukzessivlieferungen maßgebend, die zu einem freibleibenden Preise unter Nennung eines Richtpreises übernommen worden sind. Der Verkäufer darf hier eben bei jeder Lieferung den jeweilig gültigen Tagespreis verlangen, vorausgesetzt, daß er dem Richtpreis entsprechend errechnet ist.

Häufig kommt es im kaufmännischen Verkehr vor, daß die Rechte, die die Klausel „freibleibend" dem Verkäufer gibt, in irgend einer Weise eingeschränkt werden. So kann für den Zuschlag, um den der Richtpreis bei Lieferung eventuell erhöht werden wird, eine gewisse Summe als Höchstbetrag genannt werden. Eine solche Vertragsbestimmung lautet dann etwa so: Der Preis beträgt Mk. 300,—. Dieser Preis ist freibleibend für einen Zuschlag bis Mk. 100,—. Oder aber die Klausel „freibleibend" wird auf die Möglichkeit einer Preiserhöhung für den Fall des Steigens bestimmter Gestehungskosten beschränkt. Dies ist meistens dann der Fall, wenn ein Fabrikant die zur Herstellung der bestellten Waren

erforderlichen Rohstoffe bereits besitzt. Er begnügt sich dann häufig mit einer Sicherung gegen das Steigen der Löhne. Die Klausel hat dann etwa folgende Form: Der genannte Preis ist freibleibend für einen Zuschlag, den eine Erhöhung der Löhne bis zur Herstellung der Waren erfordert.

§ 7. C. Kein Rücktrittsrecht des Käufers bei Preiserhöhung.

In Handelskreisen wird in allerjüngster Zeit vielfach die Anschauung vertreten, daß durch die Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" der Verkäufer sich lediglich vorbehält, zu dem genannten Preis eventuell nicht zu liefern, er aber nicht berechtigt wird, selbständig einen anderen höheren Preis in Anrechnung zu bringen. Er ist vielmehr nach dieser Ansicht verpflichtet, seinem Kunden vor Lieferung den endgültigen Preis mitzuteilen, und dieser hat das Recht, darüber zu entscheiden, ob er zu diesem Preise Lieferung wünscht oder nicht. Diese Ansicht ist rechtlich nicht haltbar, auch besteht kein Handelsbrauch, auf den sie sich stützen könnte.

Daß sie überhaupt augenblicklich so häufig anzutreffen ist, erklärt sich durch die eigenartigen wirtschaftlichen Verhältnisse des letzten Jahres in Verbindung mit dem in letzter Zeit eingetretenen Umschwung. Die zweite Hälfte des vorigen und die ersten Monate dieses Jahres charakterisiert eine große Warenknappheit auf der einen und ein ebenso großer Warenhunger auf der anderen Seite. Dieser große allgemeine Warenhunger garantierte jedem, der irgend welche Waren zu verkaufen hatte, daß diese fast ohne weiteres Bemühen einen reißenden Absatz finden würden. Wer daher Waren zu liefern hatte, die zu einem freibleibenden Preise verkauft waren, teilte wohl häufig zur Vermeidung späterer Differenzen den endgültigen Preis vor Lieferung mit und gewährte seinem Käufer ohne weiteres ein Rücktrittsrecht, war diesem der Preis zu hoch. Der Verkäufer wußte ja ganz genau, daß er seine Waren mit Leichtigkeit würde anderweitig unterbringen können. Dieses änderte sich etwa im April dieses Jahres vollständig. Das Steigen der deutschen Valuta und das über-

raschende Sinken einzelner Rohstoffe (z. B. von Leder, Holz, Wolle etc.) verursachten einen allgemeinen Glauben an ein baldiges erhebliches Sinken aller Preise, und nach ganz kurzer Zeit war auf der ganzen Linie eine vollständige Kaufunlust eingetreten.

Wer aus einem Kaufvertrag noch verpflichtet war, irgend welche Waren abzunehmen, suchte nach Möglichkeit von dem Vertrage loszukommen, und häufig wurde dabei eben folgender Weg eingeschlagen: Wurde bei Lieferung auf Grund der Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" ein über dem Richtpreis stehender Preis berechnet, so behauptete der Käufer dem Lieferanten gegenüber, dieser sei verpflichtet gewesen, ihm vor Lieferung den neuen Preis mitzuteilen. Nur für den Fall, daß er, der Käufer, diesen bewilligt hätte, bestünde für ihn eine Pflicht zur Abnahme. So aber dürfe er diese verweigern, da ihm der Preis zu hoch sei.

Rechtlich wäre dieser Standpunkt nur vertretbar, wenn dadurch, daß eine Einigung über den endgültigen Preis nicht stattgefunden hat, das Zustandekommen eines gültigen Vertrages verhindert worden wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie bereits auseinandergesetzt, genügt es dazu vollständig, daß sich die Parteien über den Maßstab, nach dem die spätere Festsetzung erfolgen soll, geeinigt haben, und bereits die Stellung der Leistungs- resp. Gegenleistungsbestimmung in das freie Ermessen einer Partei reicht aus, um einen gültigen Vertrag zu schaffen.

Es wäre ja aber auch möglich, daß ein Handelsbrauch bestünde, der, falls ein Kaufvertrag zu einem freibleibenden Preise abgeschlossen ist, den Verkäufer verpflichtete, eine eventuelle Preissteigerung vor Lieferung mitzuteilen und den Käufer berechtigte, in diesem Falle vom Vertrage zurückzutreten. Aber auch dieser Handelsbrauch existiert nicht und, wenn im Laufe des letzten Jahres vielfach so gehandelt worden ist, als ob er bestünde, so erklärt sich dies eben nur durch die eigenartigen Verhältnisse in unserem Wirtschaftsleben, die den Verkäufern ein derartiges Ent-

gegenkommen gestatteten. Schon im Frieden gab die damals allerdings noch ganz seltene Preisfestsetzungsklausel „freibleibend" dem Verkäufer auch nach Handelsbrauch das Recht, von sich aus, ohne auf eine Genehmigung des Kunden angewiesen zu sein, den definitiven Preis festzusetzen. Ein Gutachten der Handelskammer zu Breslau [1]) vom 8. Mai 1896 sagt ausdrücklich: „Der auf einem Preisverzeichnisse befindliche Vermerk „Preise verstehen sich freibleibend" hat nach hiesigem Handelsgebrauch die Bedeutung, daß die im Preisverzeichnis angeführten Preise nur vorläufige sind, und der Geschäftsinhaber das Recht hat, den Preis der auf Grund eines solchen Preisverzeichnisses bestellten bezw. gekauften Waren endgültig anderweitig festzusetzen." Daran hat auch der Krieg nichts zu ändern vermocht, wie ein Urteil des OLG. Hamburg vom 12. 2. 18 beweist, das eigentlich alle für die Auslegung der Klausel „Preis freibleibend" wesentlichen Gesichtspunkte enthält [2]). Es heißt dort wörtlich: Mit dem Sachverständigen ist die Klausel „Preis freibleibend, heutiger Preis Mk. 30,—" dahin auszulegen, daß die beklagte Brauerei berechtigt war, den zunächst vereinbarten Preis von Mk. 30,— für den Hektoliter zu erhöhen, wenn zu der in Betracht kommenden Zeit eine allgemeine Erhöhung der für die Herstellung des Bieres erforderlichen Bestandteile, besonders des Malzes, sowie der allgemeinen Unkosten eingetreten war, und daß der Kläger sich den diesen Verhältnissen entsprechenden höheren Preis gefallen lassen mußte.

Natürlich bleibt es dem Käufer unbenommen, den Vertrag nur unter der Bedingung abzuschließen, daß ihm der Verkäufer für den Fall, daß eine Preiserhöhung notwendig wird, vorherige Mitteilung des neuen Preises zusagt und ihm ein Rücktrittsrecht einräumt, sollte ihm dieser zu hoch sein. — Aber dies bedarf eben besonderer diesbezüglicher Vertragsbestimmungen.

---

[1]) Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche, S. 81.

[2]) Hamburg, OLGR. 38, 75.

§ 8. D. Die häufige Verwechselung der Offertklausel „freibleibend“ mit der Preisklausel „freibleibend“.

Sehr häufig entstehen Differenzen im kaufmännischen Verkehr, weil die Offertklausel „freibleibend“ und die Preisklausel „freibleibend“ durcheinander geworfen werden. Typisch ist der Fall, daß jemand bei Effektuierung eines Verkaufes, der auf Grund einer freibleibenden Offerte zustandegekommen ist, erhöhte Preise in Rechnung setzt und dazu durch die seinerzeit angewandte Offertklausel „freibleibend“ berechtigt zu sein glaubt. Mehrfach sind Prozesse dieser Art durch alle Instanzen gegangen. Natürlich ist die Mehrpreisforderung des Verkäufers in allen Fällen abgewiesen worden, aber oft lassen selbst die Urteilsbegründungen die erforderliche scharfe Scheidung zwischen Preis- und Offertklausel vermissen.

Sogar die ebenfalls sehr häufig benutzte Vertragsklausel „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“, durch die sich der Verkäufer dagegen sichern will, sein unverschuldetes Unvermögen zur Leistung nach § 279 B. G. B. vertreten zu müssen [1]), soll manchmal dazu dienen, die Berechnung eines Zuschlages zu dem im Vertrage bedungenen Preis zu rechtfertigen. Das entbehrt natürlich ebenfalls jeder rechtlichen Grundlage. Die Handelskammer Berlin hat kürzlich ein Gutachten veröffentlicht, in dem es ausdrücklich heißt: „Der Passus „die Lieferungsmöglichkeit bleibt infolge der heutigen Verhältnisse . . . in allen Fällen vorbehalten“ schließt nach Handelsbrauch keinen Vorbehalt bezüglich des Preises in sich. Dies gilt auch dann, wenn es in einem vorangegangenen Absatz der gleichen Bedingungen heißt: „Alle Angebote sind freibleibend“. In solchem Falle bezieht sich das Freibleiben nur auf das Angebot, nicht aber auf die diesbezüglichen Abreden bei endgültigem Abschluß des Vertrages.“

Das ist ganz klar. Um es nun aber zu erreichen, daß für den Fall eines Preisvorbehaltes eine ganz unzweideutige, klar erkennbare Vertragsvereinbarung getroffen wird, geht

---

[1]) K. G.-Entsch. v. 27. 10. 19. D. J. Z. 1920, S. 317.

die Berliner Handelskammer in einem anderen, zur gleichen Zeit veröffentlichten Gutachten so weit, selbst den der Offerte beigefügten Zusatz „Preis freibleibend" noch nicht als Vertrags- sondern als reine Offertklausel anzusehen. Es heißt dort: „Der einer Offerte beigefügte Zusatz „Preis freibleibend" ist, sofern sich nicht aus den besonderen Umständen im Einzelfall ein anderes ergibt, dahin auszulegen, daß der Anbietende seine Bindung an den Preis bis zur Annahme der Offerte ausschließen will. Soll sich der Vorbehalt auf den endgültigen Vertrag beziehen, so muß dies besonders zum Ausdruck gebracht werden." Nach diesem Gutachten schließt also der Offertzusatz „Preis freibleibend" lediglich die Gebundenheit des Offerenten im Sinne des § 145 aus, allerdings nur teilweise, nämlich bezüglich des genannten Preises. Derjenige, der zu einem freibleibenden Preise offeriert, hätte demnach nur das Recht, seinen Preis bis zum gleichen Zeitpunkt zu widerrufen, bis zu dem ein Offerent, der seine Gebundenheit schlechthin ausgeschlossen hat, seinen Antrag widerrufen darf. Dem kann nicht ohne weiteres beigepflichtet werden. Im allgemeinen wird man meines Erachtens im Gegenteil einen derartigen Offertzusatz als bereits für den geplanten Vertrag bestimmt deuten müssen, wie es auch das oben zitierte Gutachten der Breslauer Handelskammer tut. Und vor allem ist zu bedenken, daß ein derartiger Preisvorbehalt bis zur Annahme der Offerte nur eine sehr geringe wirtschaftliche Bedeutung hätte. Denn ein freibleibender Richtpreis wird ja in der Regel nur abgegeben, wenn es sich um zu beschaffende oder anzufertigende Waren handelt. — An die Beschaffung oder Anfertigung, die allein den definitiven Preis ergeben kann, aber geht doch der Verkäufer zumeist erst nach Annahme seiner Offerte heran, sodaß es für ihn zwecklos wäre, sich gerade bis zu diesem Zeitpunkt einen Preisvorbehalt zu sichern. Die Handelskammer Berlin hat sich eben offenbar nur von dem Gesichtspunkt leiten lassen, daß der Verkäufer, der sich die endgültige Preisfestsetzung bis zur Lieferung der Waren vorbehalten will, dies in der Offerte bereits so ausdrücken soll, daß ein Zweifel keinesfalls entstehen kann. — In der Praxis wird diesem Gedanken

schon seit langem häufig dadurch Rechnung getragen, daß der Verkäufer bei der Offerte der Klausel „Preis freibleibend“ einen kurzen Zusatz beifügt, der etwa lautet: „Ich behalte mir also vor, bei Lieferung den dann gültigen Tagespreis in Anrechnung zu bringen“ oder „Den Preis einem etwaigen Steigen der Rohstoffe, Löhne und sonstigen Betriebsunkosten entsprechend zu erhöhen“.

Schluß.

§ 9. Der Rückgang der Verwendung der Preisklausel „freibleibend“ in jüngster Zeit und die Gründe hierfür.

Die Offertklausel „freibleibend“ birgt irgendwelche Gefahren für den Antragsempfänger nicht in sich. Dieser weiß nur eben bei Annahme der ihm zugegangenen Offerte — gibt man der Klausel die weitgehendste Auslegung — noch nicht, ob der Vertrag wirklich zustande kommen wird; der Offerent muß ihm dies aber umgehend nach Empfang der Annahme, die ja rechtlich erst die echte Offerte ist, mitteilen.

Nicht ganz so harmlos ist die Preisklausel „freibleibend“. Denn abgesehen davon, daß der Käufer hier nie weiß, in welcher Höhe er Verpflichtungen übernimmt, liegt für den Verkäufer die Versuchung sehr nahe, besonders wenn es sich um anzufertigende Waren handelt, seine Position auszunutzen und einen Preis festzusetzen, der im Verhältnis zum Richtpreis zu hoch ist. Der Käufer ist häufig garnicht in der Lage, dies überhaupt zu merken oder gar nachzuprüfen, und argwöhnt er selbst eine Übervorteilung, so scheut er oft noch davor zurück, die Angelegenheit einer gerichtlichen Entscheidung zu unterwerfen, wodurch allein eine Klärung der Angelegenheit herbeigeführt werden könnte. Denn der Verkäufer müßte in diesem Falle genau beweisen, wie Richtpreis und definitiver Preis sich zu den angenommenen und den tatsächlich entstandenen Selbstkosten verhalten.

Es ist leicht zu verstehen, daß die Preisklausel „freibleibend“ aus den angeführten Gründen bei allen Käufern reichlich verhaßt ist. Sie ist nur hingenommen worden, so-

lange infolge der wirtschaftlichen Lage jede einzige der eingeholten Offerten mit ihr versehen war; denn einen festen Preis für zu beschaffende oder herzustellende Ware nannte eben kein einziger Unternehmer, außerdem brauchte er sich aber auch in dieser Hinsicht wenig Mühe zu geben, da durch das bereits erwähnte Mißverhältnis zwischen Warenknappheit und Warenhunger er der unbeschränkte Herr der Lage war und die Bedingungen diktieren konnte, die ihm paßten.

Auch hier hat der im April eingetretene Konjunkturumschwung völligen Wandel geschaffen. Der „Streik der Käufer" hat einen Konkurrenzkampf von fast nie gesehener Schärfe hervorgerufen, und jeder Verkäufer muß durch möglichst weites Entgegenkommen versuchen, sein Angebot zu dem preiswertesten zu machen. Und so wird auch bereits vielfach auf die Preisklausel „freibleibend" verzichtet, denn jeder Käufer zieht selbstverständlich den höheren festen Preis dem billigeren freibleibenden vor. Die Abgabe von festen Preisen wird an sich auch dadurch etwas erleichtert, daß Rohstoffe und Löhne, augenblicklich wenigstens, eine gewisse feste Tendenz erreicht zu haben scheinen.

Der Widerstand gegen die Preisbestimmungsklausel „freibleibend" ist in Käuferkreisen teilweise bereits sogar so groß geworden, daß einige große Verbände, z. B. in der Textilwarenbranche, ihre Mitglieder verpflichtet haben, zu freibleibenden Preisen nicht mehr zu kaufen.

Vollzieht sich die Entwicklung unserer wirtschaftlichen Verhältnisse in der jetzt eingeschlagenen Bahn, so ist anzunehmen, daß in absehbarer Zeit die Preisklausel „freibleibend" wieder auf das Geltungsgebiet beschränkt sein wird, das sie vor dem Kriege inne hatte: Sie wird hier und da einmal einem Sukzessivlieferungsvertrag oder einem auf Marktpreisgrundlage getätigten Großhandelsabschluß beigefügt werden. Im übrigen aber wird wieder zu festen Preisen gekauft und verkauft werden. Und das ist im Interesse der Sicherheit im Handelsverkehr nur zu wünschen.

ADOLF HÜLSEN
BRESLAU

Lebenslauf.

Ich, Heinrich Hülsen, wurde am 8. IX. 96 als Sohn des Fabrikbesitzers Natan Hülsen in Rawitsch, Provinz Posen, geboren. Bis zu meinem 9. Lebensjahre besuchte ich das dortige Gymnasium, von da ab das Gymnasium zu St. Elisabeth in Breslau, das ich im Mai 1915 nach bestandener Notreifeprüfung verließ. Noch im gleichen Monat trat ich beim Feldartillerie-Regiment Nr. 6 in Breslau als Kriegsfreiwilliger ein. Von November 1915 bis zum Kriegsende war ich, mit Ausnahme von zwei Unterbrechungen infolge Krankheit und Verwundung, an der Westfront. Im Januar 1919 wurde ich entlassen. — Noch im Sommersemester 1915 war ich bei der juristischen Fakultät der Universität Breslau immatrikuliert worden und hatte auch Gelegenheit, einige Vorlesungen zu hören. Nach meiner Rückkehr in die Heimat nahm ich dann im Februar 1919 mit dem Zwischensemester meine Studien wieder auf, die ich mit dem Sommersemester 1920 abschloß.